

VU Research Portal

De Hoge Raad en het ne bis in idem-beginsel: een onbezonnen koers?

Borgers, M.J.

published in

Ad hunc modum (liber amicorum A.J. Machielse)
2013

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Borgers, M. J. (2013). De Hoge Raad en het ne bis in idem-beginsel: een onbezonnen koers? In J. W. Fokkens, P. H. P. H. M. C. van Kempen, H. J. B. Sackers, & P. C. Vegter (Eds.), *Ad hunc modum (liber amicorum A.J. Machielse)* (pp. 23-32). Kluwer.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl



Ad hunc modum

**Opstellen over
materieel strafrecht**

Liber amicorum
A.J. Machielse

Onder redactie van J.W. Fokkens, P.H.P.H.M.C. van Kempen,
H.J.B. Sackers & P.C. Vegter

KLUWER

Deventer

2013

De Hoge Raad en het ne bis in idem-beginsel: een onbezonnen koers?

Matthias Borgers

Inleiding: een verbijsterend overzichtsarrest?

De Hoge Raad heeft op 1 februari 2011 een overzichtsarrest gewezen waarin de maatstaf voor de toepassing van art. 68 Sr en art. 313 Sv, in welke beide bepalingen het begrip 'hetzelfde feit' centraal staat, wordt verduidelijkt.¹ De Hoge Raad benadrukt dat met deze verduidelijking geen inhoudelijke verandering van die maatstaf wordt beoogd. Dat blijkt ook uit r.o. 2.9.1, waarin de Hoge Raad de relevante vergelijkingsfactoren – de juridische aard van de feiten alsmede de gedraging van de verdachte – nader uitwerkt. In die overweging komt inderdaad, iets meer gestroomlijnd, de eerdere rechtspraak van de Hoge Raad tot uitdrukking.² Het lot van een verduidelijking is veelal dat deze niet alleen voor (meer) helderheid zorgt, maar ook weer (nieuwe) vragen en discussiepunten opwerpt. Een centraal thema in het debat sinds het wijzen van het overzichtsarrest is of de Hoge Raad juist door vast te houden aan een feitsbegrip waarin (ook) juridische elementen een rol spelen, zich niet verwijderd van de Europese lijn. Het gaat bij die lijn meer specifiek om de rechtspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens en het Hof van Justitie EU over art. 4 van het (door Nederland – vooralsnog³ – niet geratificeerde) Zevende Protocol bij het EVRM respectievelijk art. 54 SUO, waarbij geldt dat de rechtspraak omtrent art. 4 van het Zevende Protocol van groot belang is voor de uitleg van de ne bis in idem-bepaling van art. 50 van het Handvest van de Grondrecht van de Europese Unie.⁴ In die rechtspraak zou zijn gekozen, zo wordt veelal betoogd, voor een materieel – zuiver feitelijk en dus vrij van

1 HR 1 februari 2011, NJ 2011, 394, m.nt. Buruma.

2 Zie over deze rechtspraak onder andere aantekening 3 op art. 68 in het door A.J. Machielse bewerkte commentaar van Noyon-Langemeijer-Rommelink, *Het Wetboek van Strafrecht*, Deventer.

3 Het Zevende Protocol staat momenteel op een lijst van 'verdragen die naar verwachting eerst op langere termijn ter parlementaire goedkeuring zullen worden ingediend of ten aanzien waarvan nog geen besluit is genomen omtrent de wenselijkheid van partij worden'. Zie de bijlage bij *Kamerstukken II* 2011-2012, 33 000 V, nr. 139. In *Kamerstukken I* 2011-2012, 32 467, G, p. 1 wordt gesteld: 'Ratificatie van het Zevende Protocol bij het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (RvE 117) heeft momenteel geen prioriteit'.

4 Art. 50 Handvest is, gelet op art. 51 lid 1 Handvest, van toepassing wanneer het Unierecht ten uitvoer wordt gebracht. Vergelijk hierover HvJ EU 26 februari 2013, zaak C-617/10 (*Åklagaren v. Hans Åkerberg Fransson*).

juridische elementen – feitsbegrip.⁵ De Hoge Raad heeft evenwel in (r.o. 2.8 van) het overzichtsarrest overwogen dat ‘ook gelet op de Europese rechtspraak [...] voor een inhoudelijke verandering geen grond aanwezig [is]’.

Sommige critici kiezen voorzichtig hun woorden. Zo werpt annotator Buruma de vraag op ‘of de Hoge Raad het verschil tussen de eigen lijn en die van Europa niet enigszins heeft gebagatelliseerd’.⁶ Ouwerkerk eindigt haar genuanceerde analyse van de *ne bis in idem*-rechtspraak met de conclusie dat de Hoge Raad ‘te kort door de bocht gaat waar hij stelt dat een inhoudelijke verandering niet noopt tot aanpassing van de nationale maatstaf ter beoordeling van het begrip “hetzelfde feit”’.⁷ Anderen kiezen stevige bewoordingen. Zo heeft volgens Reijntjes de Hoge Raad het juridische publiek ‘verbijsterd’ door te overwegen dat er geen grond voor inhoudelijke verandering bestaat. Hij vervolgt: ‘Onherroepelijk moet het Haagse college op enig moment door de bocht en zich onderwerpen aan het gezag van de internationale hoven’.⁸ Stijnen schrijft in zijn dissertatie dat de Hoge Raad ‘duidelijk in strijd met’ de Europese rechtspraak blijft ‘vasthouden aan zijn oude rechtspraak’.⁹ Ook in stelling 8 bij het proefschrift komt er – figuurlijk gesproken – geen woord Latijn aan te pas: ‘De Hoge Raad doet net alsof hij het leerstuk van *ne bis in idem* toepast overeenkomstig de jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens en die van het Hof van Justitie van de Europese Unie, maar dat is niet zo’.

Veel steun en bijval heeft de Hoge Raad niet gekregen, al kan hier worden genoteerd dat Ad Machielse geen kritiek heeft geuit, noch in enige conclusie die is gevolgd op het overzichtsarrest noch in zijn bewerking van het commentaar op art. 68 Sr in de Noyon-Langemeijer-Remmelink.¹⁰ Het uitblijven van kritiek van een zo scherpzinnig jurist als Machielse is niet zonder betekenis. Men zou hieruit misschien mogen afleiden dat de koers van de Hoge Raad minder onbezonnen – en wellicht zelfs verstandiger – is dan de critici doen voorkomen. Zo kan erop worden gewezen dat, op de keper beschouwd, nog niet veel duidelijkheid bestaat over de invulling van het feitsbegrip door het Europese Hof en het Hof van Justitie. Weliswaar hanteren deze hoven onmiskenbaar een criterium dat duidt op een zuiver feitelijke benadering (‘identical facts or facts which are substantially the same’ en ‘de gelijkheid van de materiële feiten, begrepen als het bestaan van een geheel van concrete omstandigheden die

5 Een goed overzicht van deze rechtspraak treft men aan bij J.W. Ouwerkerk, ‘Het feitsbegrip bij *ne bis in idem* en eendaadse samenloop: tussen nationale uitlegging en internationale verplichtingen’, *Delikt en Delinkwent* 2012, p. 490-507. Zie voorts W.B. van Bockel, ‘*Coming of age*: de ontwikkeling van het *ne bis in idem*-beginsel in de EU-rechtsorde’, *NTER* 2010, p. 66-72.

6 Zie onderdeel 4 van de noot van Buruma onder HR 1 februari 2011, *NJ* 2011, 394. Vergelijk ook onderdeel 5 van de noot van Buruma onder EHRM 10 februari 2009, *NJ* 2010, 36 (*Zolotukhin v. Rusland*).

7 Ouwerkerk 2012, p. 507.

8 Zie onderdelen 3 en 4 van de noot van Reijntjes onder HR 6 maart 2012, *NJ* 2012, 448.

9 R. Stijnen, *Rechtsbescherming tegen bestraffing in het strafrecht en het bestuursrecht*, Deventer 2011, p. 657.

10 Vergelijk zijn conclusie voor HR 25 september 2012, *NJ* 2013, 176, m.nt. Borgers.

onlosmakelijk met elkaar verbonden zijn’), maar daarmee is nog niet veel gezegd over de wijze waarop die criteria worden geoperationaliseerd en toegepast. Elders heb ik aangestipt dat het verschil in de juridische aard van de feiten ook in de Europese rechtspraak impliciet een rol lijkt te spelen en dat bij een vergelijking met de Europese rechtspraak niet onmiddellijk het beeld rijst dat de Hoge Raad, ook al legt hij een enigszins andere toetsingsmaatstaf aan, daadwerkelijk uit de pas loopt.¹¹ Bovendien rijst de vraag of het bij de toepassing van een materieel feitscriterium echt mogelijk is om de ogen geheel te sluiten voor de juridische aard van de feiten. Welke feiten en omstandigheden ten grondslag liggen aan het verwijt dat de verdachte wordt gemaakt in de opeenvolgende procedures en dus met elkaar moeten worden vergeleken, wordt immers – onvermijdelijk – mede bepaald door de betrokken delictomschrijvingen.¹²

In deze bijdrage wil ik de overeenkomsten en verschillen tussen het feitsbegrip in de Nederlandse en de Europese rechtspraak echter verder laten rusten. Naar het mij voorkomt, heeft een ander punt in de discussie naar aanleiding van het overzichtsarrest nog weinig aandacht gehad,¹³ terwijl dat punt mogelijk wel een verklaring kan bieden voor de bestendige koers die de Hoge Raad is blijven varen. Het gaat daarbij specifiek om de verhouding tussen art. 68 Sr en art. 313 Sv – welke bepalingen het begrip ‘hetzelfde feit’ delen – en meer in het algemeen om de zeggenschap van het openbaar ministerie over de afdoening van strafbare feiten. De strekking van mijn betoog zal daarbij zijn dat juist in de verbondenheid van art. 68 Sr en art. 313 Sv een verklaring kan worden gevonden waarom de Hoge Raad vasthoudt aan een (relatief) beperkt feitsbegrip.

Ter voorkoming van misverstanden: onder een ruim (of materieel) feitsbegrip versta ik een feitsbegrip waarin alleen de gedragingen van de verdachte een rol

11 Zie mijn noot onder HR 25 september 2012, *NJ* 2013, 176. Vergelijk ook B. van Bockel, ‘The *ne bis in idem* principle in the European Union legal order: between scope and substance’, *ERA Forum* 2012, p. 341, die erop wijst dat ‘the mere circumstance that the interpretation of *idem* under national law is not strictly factual will likely not be sufficient for a finding of an infringement of Article 4 of Protocol No. 7 to the European Convention on Human Rights, as this will depend on the level of practical protection offered to the subject’.

12 Reijntjes betoogt in onderdeel 4 van zijn noot onder HR 6 maart 2012, *NJ* 2012, 448 dat in geval iemand dronken en zonder licht in een auto (Reijntjes schrijft, gelet op zijn verwijzing naar HR 15 februari 1932, *NJ* 1932, p. 289, abusievelijk: op een fiets) rijdt, zulks ook bij hantering van een materieel feitsbegrip twee los van elkaar staande gedragingen oplevert (‘tenzij de dader wel degelijk een goed functionerend licht bezat, maar het uit dronkenschap niet in werking stelde’). Geheel vanzelfsprekend is die opvatting niet. Immers, men zou ‘autorijden, terwijl – op één en hetzelfde moment – de bestuurder dronken is en het licht van zijn auto niet functioneert’ als één gedraging kunnen zien. Echter, dat wordt anders wanneer men het beziet vanuit de betrokken strafbaarstellingen. De – niet-samenvallende – gedragingen worden dan: ‘het gaan autorijden, zonder alvorens zorg te dragen voor tijdens de rit degelijk functionerende verlichting’ en ‘het gaan autorijden, terwijl daaraan voorafgaand een zodanige hoeveelheid alcohol is ingenomen dat de betrokkene niet meer in staat is behoorlijk een auto te besturen’.

13 Vergelijk evenwel Ouwerkerk 2012, p. 503.

spelen, terwijl ik met een beperkt (of eng) feitsbegrip doel op een feitsbegrip waarin daarnaast ook de juridische aard van de feiten wordt verdisconteerd.

De verhouding tussen art. 68 Sr en art. 313 Sv

De wijze waarop het feitsbegrip wordt geïnterpreteerd, is niet alleen van belang met het oog op de (on)toelaatbaarheid van opeenvolgende vervolgingen, maar ook in relatie tot de wijziging van de tenlastelegging. Immers, art. 313 lid 2 Sv stelt als grens dat de tenlastelegging door de gevorderde wijziging geen ander feit in de zin van art. 68 Sr mag gaan inhouden. Een enge interpretatie van het feitsbegrip betekent dat de mogelijkheid tot wijziging van de tenlastelegging beperkt wordt gehouden, maar ook dat de bescherming die art. 68 Sr biedt, betrekkelijk gering zal zijn. En andersom: een ruime uitleg van het feitsbegrip leidt tot ruime wijzigingsmogelijkheden, maar ook tot een ruime bescherming tegen opeenvolgende vervolgingen. Dit onderlinge verband is op zich logisch.¹⁴ Dat kan ook worden beredeneerd vanuit de belangen die met (de toepassing van) art. 68 Sr respectievelijk art. 313 Sv zijn gemoeid. Bij art. 68 Sr staat de bescherming van de verdachte tegen onredelijk en onnodig belastend handelen van de strafvorderlijke autoriteiten centraal.¹⁵ Dat impliceert dat de strafvorderlijke overheid een redelijke kans moet hebben gehad om het handelen van de verdachte in een bepaald feitencomplex aan de rechter voor te leggen, alvorens de weg naar een tweede vervolging wordt afgesneden. Tegelijkertijd geldt dat de verdachte, wanneer de rechter onherroepelijk heeft geoordeeld over zijn handelen, erop mag vertrouwen dat hij wordt gevrijwaard van hernieuwde vervolging ter zake van hetzelfde feit. Het doel van art. 313 Sv moet vooral worden gezien vanuit de nog altijd tamelijk strenge grondslagleer. De mogelijkheid tot wijziging beoogt primair te voorkomen dat uitsluitend om 'technische' redenen moet worden vrijgesproken.¹⁶ Dit betekent dat met art. 313 Sv vooral het belang van effectieve en efficiënte rechtshandhaving wordt gediend. De andere zijde van die medaille is dan dat de verdachte moet worden gevrijwaard van een nieuwe vervolging ter zake van hetzelfde feit. Men zou daarom kunnen betogen dat naar mate de mogelijkheid voor het openbaar ministerie om een wijziging van de tenlastelegging te bewerkstellingen ruimer is, de mate van bescherming van de verdachte tegen een opeenvolgende vervolging ook ruimer dient te zijn, en omgekeerd.

Tegen deze achtergrond zou kunnen worden gesteld dat nauwelijks bezwaar kan bestaan tegen de aanvaarding van een ruim, materieel feitsbegrip. Tegenover de verruiming van het beschermingsbereik van art. 68 Sr staat dan immers

14 Vergelijk de beschouwing van W.F. van Hattum, 'Strafproces en feitsbegrip', in: B.F. Keulen, G. Knigge & H.D. Wolswijk (red.), *Pet af. Liber amicorum D.H. de Jong*, Nijmegen 2007, p. 117-135.

15 Vergelijk G.J.M. Corstens, *Het Nederlands strafprocesrecht*, bewerkt door M.J. Borgers, Deventer 2011, p. 189.

16 Ook moet aldus tegenwicht worden geboden tegen complexe tenlasteleggingen waarin de officier van justitie zekerheidshalve voor allerlei ankers gaat liggen dan wel in hoge mate kwalificatief ten laste legt. Vergelijk *Kamerstukken II* 1913-1914, 268, nr. 3, p. 126-127.

een royale mogelijkheid tot wijziging van de tenlastelegging. Waarom zou dan niet aan het pleidooi van de critici van de Hoge Raad voor een koerswijziging tegemoet worden gekomen? Ik bespreek twee redenen waarom het niet vanzelfsprekend is om met dat pleidooi mee te gaan.

De gewenste ruimte voor de wijziging van de tenlastelegging

Het is allereerst van belang om de consequenties van het hanteren van een ruim feitsbegrip in relatie tot de wijziging van de tenlastelegging nader te doordenken. Op zich valt het nodige te zeggen ten gunste van een ruime mogelijkheid tot het wijzigen van de tenlastelegging. Machielse heeft naar voren gebracht dat men bij die mogelijkheid 'een soort concentratiebeginsel' voorop zou kunnen stellen, hetgeen inhoudt 'dat van het OM mag worden gevegd dat het de feiten die in een voorbereidend onderzoek naar voren zijn gekomen en die het het vervolgen waard acht niet over meerdere dagvaardingen en meerdere strafvervolgingen verspreidt, maar als één pakket aan de rechter voorlegt'. Dat zou 'de efficiency en de rechtszekerheid' bevorderen.¹⁷ Tegelijkertijd is het de vraag of het zo wenselijk is dat gaande de rit de inzet kan worden veranderd en ook – door een wijziging die feitelijk een uitbreiding van de tenlastelegging inhoudt – kan worden verhoogd. Die vraag wordt klemmender naarmate de wijzigingsmogelijkheid ruimer wordt. Er kunnen dan eenvoudig vragen rijzen omtrent de redelijkheid van de wijziging (bijvoorbeeld wanneer het gaat om het herstel van ernstige slordigheden die bij een goede en tijdige bestudering van het dossier eenvoudig hadden kunnen worden vermeden), de belangen van de verdediging (heeft de verdachte baat bij een snelle afdoening of wordt hij juist in zijn verdediging geschaad?) en de organisatorische belangen waarmee de moderne rechtspleging rekening heeft te houden (bijvoorbeeld: laat de gereserveerde zittingstijd een wijziging toe, indien hierdoor feiten worden toegevoegd aan de dagvaarding?).

Het zou nu mogelijk zijn om de beginselen van een goede procesorde als tegenwicht in te zetten. De verruiming van de wijzigingsmogelijkheid ten gevolge van de aanvaarding van een ruim feitsbegrip zou dan worden begrensd in de vorm van een toetsing van (de redelijkheid van) de vordering tot wijziging van de tenlastelegging aan die beginselen. In feite is – gelet op een arrest van 18 april 2000¹⁸ – die toetsing thans reeds mogelijk, maar die toetsingsmogelijkheid heeft vooralsnog niet duidelijk handen en voeten gekregen.¹⁹ De terughoudendheid die daaruit spreekt, valt ook wel te begrijpen

17 Onderdeel 3.10 van de conclusie voor HR 29 maart 2005, NJ 2007, 509. Een enigszins ander, maar wel goed hierbij aansluitend argument geeft Van Hattum 2007, p. 134: 'De verruiming van de mogelijkheid om de tenlastelegging gaande het proces te wijzigen, komt een efficiënte rechtsgang immers ten goede, maar schept ook verplichtingen. Het betekent dat het OM ervoor moet waken dat een zaak voldoende is uitgerechercheerd voordat die aan de rechter wordt voorgelegd'.

18 HR 18 april 2000, NJ 2001, 352, m.nt. Knigge.

19 Vergelijk de noot van Knigge onder dit arrest, waarin hij spreekt van 'een kleine doorbraak'.

gelet op het feit dat de wet alleen het feitsbegrip als beoordelingsmaatstaf aanreikt en niet anderszins factoren aanduidt die voor de beoordeling van de vordering tot wijziging relevant (kunnen) zijn. Bovendien is er discussie mogelijk wat de consequentie zou moeten zijn indien de toewijzing van een vordering wel verenigbaar zou zijn met het ruime feitsbegrip, maar stukloopt op de beginselen van een behoorlijke procesorde. Moet een nieuwe vervolging dan toch toelaatbaar worden geacht, of wordt die juist geblokkeerd omdat dan ook in relatie tot art. 68 Sr een ruim feitsbegrip geldt?

Bij deze stand van zaken is het werken met een (enigszins) beperkt feitsbegrip,²⁰ waarbij de juridische aard van de feiten gewicht in de schaal mag leggen, niet onaantrekkelijk. De mogelijkheid tot wijziging van de tenlastelegging is daardoor weliswaar minder ruim, maar zal ook minder complicaties opleveren. Bovendien kan men in een minder ruime wijzigingsmogelijkheid ook voordelen zien. Een restrictieve invulling van 'hetzelfde feit' in het kader van art. 313 Sv noopt – en zet, als het goed is, dus aan – tot een zorgvuldige inkleding van de tenlastelegging aan het begin van het strafproces. Dit is voor de verdachte in zoverre gunstig, dat de inzet van de strafzaak hierdoor duidelijker wordt omljnd.²¹ Ook betracht het openbaar ministerie in de praktijk, indien een wijziging van de tenlastelegging niet wordt toegestaan, enige terughoudendheid met een nieuwe vervolging, vooral wanneer het om niet al te ernstige feiten gaat.²²

Coördinatie- en afstemmingsproblemen bij opeenvolgende vervolgingen

De tweede reden die hier van belang is, houdt ermee verband dat het argument dat tegen een ruim beschermingsbereik van art. 68 Sr geen bezwaar behoeft te bestaan, omdat daar tegenover een ruime mogelijkheid tot wijziging van de tenlastelegging, niet altijd opgeld doet. Dat is *grosso modo* in drie situaties het geval. Allereerst kan de situatie worden genoemd waarin (ik citeer nu Machielse) 'het OM niet de gelegenheid heeft gehad alle verwijten te concentreren [in één vervolging; *MJB*], omdat het beeld uit het eerdere voorbereidend onderzoek achteraf bezien niet compleet lijkt te zijn geweest. Dat is het geval wanneer naderhand nog verwante feiten boven water komen, die in de eerdere vervolging niet meegenomen konden worden'. Machielse geeft hier het voorbeeld van 'het geval waarin iemand wordt vrijgesproken van het doodslaan van zijn kind en waarin nadien ontdekt wordt dat de verdachte geweigerd heeft medische hulp ten behoeve van het kind in te roepen, als gevolg waarvan het is

20 Het huidige feitsbegrip, zoals dat door de Hoge Raad wordt gehanteerd, lijkt niet onnodig knellend te zijn, juist ook niet in relatie tot art. 313 Sv. Vergelijk daarover, met nadere verwijzingen, J. de Hullu, *Materieel strafrecht*, Deventer 2012, p. 523-524.

21 Dat sluit ook aan bij het belang dat naar het oordeel van de Hoge Raad wordt gediend met art. 313 Sv, namelijk: het verhinderen dat de verdachte tijdens een lopende vervolging wordt geconfronteerd met een vervolging ter zake van een ander feit. Zie r.o. 2.2.2 in HR 1 februari 2011, NJ 2011, 394, m.nt. Buruma.

22 Die indruk heb ik althans overgehouden aan discussies met leden van het openbaar ministerie tijdens het verzorgen van cursussen.

overleden'.²³ Het hanteren van een ruim feitsbegrip zou dan een tweede vervolging blokkeren,²⁴ terwijl de redelijkheid daarvan – juist omdat het meenemen van het verwijt ter zake van het niet inschakelen van medische hulp niet in de eerste vervolging kon worden meegenomen – niet aanstonds vaststaat.²⁵

Voorts kan worden gewezen op de samenloop van bestuurlijk en strafvorderlijk optreden. Zowel de bestuursrechtelijke als de strafvorderlijke wetgeving kennen zogeheten 'una via'-bepalingen, die erop zijn gericht te voorkomen dat ter zake van dezelfde gedraging (of hetzelfde feit) wordt overgegaan tot zowel de oplegging van een bestuurlijke boete als (het instellen van wel het voortzetten van) een strafrechtelijke vervolging.²⁶ Het voert thans te ver om deze bepalingen in detail te bespreken. Van belang is hier om te constateren dat – zoals blijkt uit een analyse van Duker²⁷ – het vervolgingsmonopolie van het openbaar ministerie enigszins is afgezwakt door deze 'una via'-bepalingen. Weliswaar is het bestuur in principe gehouden om, alvorens een bestuurlijke boete op te leggen, afstemming te zoeken met het openbaar ministerie, maar wanneer het openbaar ministerie dan niet tijdig reageert, mag het bestuur de boeteoplegging doorzetten. Daarnaast vloeit uit art. 243 lid 2 Sv voort dat de oplegging van een bestuurlijke boete dan wel de beslissing om die juist niet op te leggen dezelfde gevolgen heeft als een kennisgeving van niet verdere vervolging. Gelet op art. 255 lid 1 Sv is (verdere) vervolging dan alleen nog toegestaan indien nieuwe bezwaren bekend worden. Daarbij rijst de vraag of die beperkte ruimte om alsnog strafrechtelijk te vervolgen inmiddels niet tot op zekere hoogte is afgesneden door een recente ontwikkeling in de rechtspraak omtrent art. 68 Sr. Uit een arrest van 15 mei 2012²⁸ blijkt dat de Hoge Raad voor de uitleg van 'vervolging' in de zin van art. 68 Sr aansluiting zoekt bij de rechtspraak van het Europese Hof omtrent de uitleg van 'criminal charge'. Hiermee verlaat de Hoge Raad de vaste lijn in de rechtspraak dat art. 68 lid 1 Sr

23 Onderdeel 3.11 van de conclusie voor HR 29 maart 2005, NJ 2007, 509.

24 Bij het hanteren van een beperkt feitsbegrip zal dat waarschijnlijk anders liggen, al is wel enige discussie mogelijk of de juridische aard van de hier geschetste feiten aanzienlijk verschilt.

25 Om die reden acht Machielse het 'niet uitgesloten dat dezelfde feiten bij een wijziging tenlastelegging alsnog aan de rechter zouden kunnen worden voorgelegd, wanneer zij wél deel hadden uitgemaakt van het oorspronkelijk dossier maar om wat voor reden dan ook niet in de dagvaarding zijn terechtgekomen, terwijl zij, pas naderhand ontdekt, wel afzonderlijk vervolgbaar zijn'. Een dergelijke differentiatie in de uitleg van het feitsbegrip naar gelang art. 68 Sr dan wel art. 313 Sv aan de orde is, lijkt door de Hoge Raad, althans in de rechtspraak na het overzichtsarrest van 1 februari 2011, niet te worden aanvaard. Zie daarover mijn noot onder HR 25 september 2012, NJ 2013, 176. Vergelijk voorts Van Hattum 2007, p. 134.

26 Art. 5:44 Awb en art. 243 Sv.

27 M.J.A. Duker, 'Vervolging en berechting', in: F.G.H. Kristen, e.a. (red.), *Bijzonder strafrecht. Strafrechtelijke handhaving van sociaal-economisch en fiscaal recht in Nederland*, serie: Pompe-reeks, deel 65, Den Haag 2011, p. 519-523.

28 HR 15 mei 2012, NJ 2012, 327, m.nt. Klip.

alleen ziet op beslissingen van de strafrechter.²⁹ Dit impliceert dat de (onherroepelijke) oplegging van een bestuurlijke boete een strafrechtelijke vervolging ter zake van hetzelfde feit hoe dan ook blokkeert. Van belang is nu om te constateren dat het openbaar ministerie niet zonder meer invloed kan uitoefenen op de bestuursrechtelijke procedure ter zake van de boetebeslissing. Weliswaar is het bestuur in principe gehouden om in overleg te treden met het openbaar ministerie, maar wanneer dit – om welke reden dan ook – niet gebeurt, is de beslissing om een boete op te leggen of om daarvan juist af te zien, met alle consequenties van dien, een voldongen feit.³⁰

Een vergelijkbaar coördinatie- en afstemmingsprobleem – en dit betreft de derde situatie – doet zich in internationaal verband voor. Het Nederlandse openbaar ministerie heeft geen zeggenschap over de (wijze van) afdoening van strafbare feiten in andere landen. Dat is op zich natuurlijk niet opzienbarend, maar de handelwijze van buitenlandse autoriteiten kan het openbaar ministerie – wederom – voor voldongen feiten plaatsen. Een tweede vervolging ter zake van hetzelfde feit in Nederland is immers in principe niet mogelijk. Dat vloeit niet alleen voort uit art. 68 leden 2 en 3 Sr, maar ook uit art. 54 SUO en – tot op zekere hoogte – art. 50 Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie. Om deze reden is de – schijnbaar – ruime invulling van het feitsbegrip van art. 54 SUO niet onproblematisch.³¹ De keuze van het Hof van Justitie EU voor een materieel feitsbegrip is op zich begrijpelijk in het licht van het vrije verkeer binnen de Europese Unie, maar een goed en volledig functionerend systeem om vervolgingsbeslissingen op elkaar af te stemmen ontbreekt vooralsnog in de Europese Unie. Het belangrijkste rechtsinstrument op dit vlak is het kaderbesluit over het voorkomen en beslechten van geschillen over de uitoefening van rechtsmacht bij strafprocedures.³² Dit kaderbesluit beoogt te bewerkstelligen dat door middel van informatie-uitwisseling en overleg vervolgingsbeslissingen tussen lidstaten op elkaar worden afgestemd, maar er worden daarbij geen duidelijke, sturende regels verschaft. Het is veelzeggend dat Klip dit kaderbesluit bestempelt als 'a first but hesitant attempt'.³³ Terzijde noteer ik daarbij dat

29 Zie nader Corstens/Borgers 2011, p. 191. Vergelijk ook W.F. van Hattum, *Non bis in idem. De ontwikkeling van een beginsel*, Nijmegen 2012, p. 422 en M.J. Borgers, 'Het vervolgingsbegrip anno 2013', *Delikt en Delinkwent* 2013, p. 220.

30 Vergelijk hierover ook Buruma in onderdeel 4 van zijn noot onder HR 1 februari 2011, NJ 2011, 394. Enigszins terzijde zou nog kunnen worden gewezen op de bestuurlijke strafbeschikking van art. 257ba Sv. Die bepaling voorziet evenwel expliciet in begrenzing van en toezicht op de uitoefening van de bevoegdheid om een bestuurlijke strafbeschikking uit te vaardigen.

31 Vergelijk ook Ouwerkerk 2012, p. 502, die hierin evenwel geen beletsel vindt voor het hanteren van een materieel feitsbegrip.

32 Kaderbesluit 2009/948/JBZ, *PbEU* 2009, L 328/42. Ik laat hier de afstemming van bestuursrechtelijk en strafrechtelijk optreden in meerdere lidstaten verder rusten, met die aantekening dat ook op dat vlak een (duidelijke) normering ontbreekt. Zie hierover M.J.J.P. Luchtman, 'Transnationale rechtshandhaving in de EU en het *ne bis in idem*-beginsel', *SEW* 2011, p. 281-292.

33 A. Klip, *European criminal law*, Cambridge/Antwerpen/Portland 2012, p. 407. Zie verder uitvoerig M.J.J.P. Luchtman, 'De normering van de strafrechtelijke forumkeuze in de ruimte van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid', *Delikt en Delinkwent* 2009, p. 929-988.

juist het ontbreken van een deugdelijk systeem voor de afstemming van vervolgingsbeslissingen nog wel eens van invloed zou kunnen gaan worden op de (verdere) ontwikkeling van het feitsbegrip in art. 54 SUO en art. 50 Handvest.

Uit het vorenstaande volgt dat – gelet op de geschetste afstemmings- en coördinatieperikelen – de aanvaarding van een ruim feitsbegrip niet zonder meer kan worden gerechtvaardigd met het argument dat alsdan ook een ruime mogelijkheid tot wijziging van de tenlastelegging ontstaat. In verschillende situaties mist het openbaar ministerie grip op de zaak, terwijl het niet op voorhand onredelijk behoeft te worden gevonden om de zaak alsnog of opnieuw aan de strafrechter voor te leggen. Bijvoorbeeld omdat de zaak aanvankelijk als overtreding is afgedaan, terwijl nadien blijkt dat zich in het desbetreffende feitencomplex ook een ernstig misdrijf heeft voorgedaan. Het werken met een meer beperkt feitsbegrip neemt het afstemmings- en coördinatieprobleem niet weg, maar maakt het wel kleiner, doordat art. 68 Sr dan minder snel een tweede vervolging blokkeert.

Afronding

De Hoge Raad stelt in het overzichtsarrest van 1 februari 2011 nadrukkelijk dat bij de toepassing van zowel art. 68 Sr als art. 313 Sv 'aan de hand van dezelfde maatstaf [moet] worden beoordeeld of sprake is van "hetzelfde feit"'.³⁴ De nadien gewezen rechtspraak bevestigt dat de Hoge Raad ook in de toepassing van die maatstaf niet differentieert naar gelang art. 68 Sr dan wel art. 313 Sv aan de orde is.³⁵ Juist in die verbondenheid van art. 68 Sr en art. 313 Sv kan, zo is de strekking van het betoog in deze bijdrage, een verklaring worden gevonden waarom de Hoge Raad vasthoudt aan een (relatief) beperkt feitsbegrip, waarin de juridische aard van de feiten een rol speelt.

Een tegenwerping zou nu kunnen zijn dat in de hier ontvouwde argumentatie het accent sterk ligt op de belangen van rechtshandhaving, terwijl het vanuit het perspectief van de verdachte – het vertrouwen dat hij mag ontlenen aan het gegeven dat hij ter zake van een bepaald feit reeds is vervolgd – minder relevant is in hoeverre het openbaar ministerie een vinger in de pap heeft gehad bij de eerste vervolging. Die tegenwerping snijdt op zich hout, maar bedacht dient te worden dat het beschermingsbereik van art. 68 Sr uiteindelijk berust op een belangenafweging, waarin niet alleen gewicht toekomt aan het vertrouwen van de verdachte maar ook aan de belangen van de maatschappij en van slachtoffers bij een effectieve rechtshandhaving. Daarbij geldt dat, zoals in de derde paragraaf naar voren is gekomen, een beperkt feitsbegrip in relatie tot de mogelijkheid van wijziging van de tenlastelegging voor de verdachte weer niet ongunstig is. Een laatste opmerking daarbij is dat de scherpe randen van het hanteren van een beperkt feitsbegrip tot op zekere hoogte kunnen worden

34 Overweging 2.2.2.

35 Vergelijk HR 6 maart 2012, NJ 2012, 448, m.nt. Reijntjes; HR 15 mei 2012, NJ 2012, 327, m.nt. Klip; HR 25 september 2012, NJ 2013, 176, m.nt. Borgers; HR 12 maart 2013, LJN BZ3571.

bijgevijld door de beslissing om nogmaals te vervolgen te toetsen aan de beginselen van een behoorlijke procesorde. Reeds in 1983 heeft Machielse betoogd dat juist door middel van een combinatie van een beperkt feitsbegrip én een ruimhartige toetsing aan de beginselen van een behoorlijke procesorde recht kan worden gedaan aan de belangen van de justitiabele.³⁶ Gegeven de keuze van de Hoge Raad voor een (enigszins) beperkt feitsbegrip is het zaak dat betoog niet uit het oog te verliezen.

³⁶ A.J. Machielse, 'Samenloop', art. 68 Sr en beginselen van behoorlijk strafproces', *Delikt en Delinkwent* 1983, p. 137-146. Dit betoog heeft ook bijval gekregen van B.F. Keulen, 'Ne bis in de revisie?', in: M.S. Groenhuijsen & J.B.H.M. Simmelink (red.), *Glijdende schalen. Liber amicorum J. de Hullu*, Nijmegen 2003, p. 284-285 en p. 288-290.

Roekeloosheid

Ybo Buruma

Inleiding

Ad Machielse was zestien jaren mijn collega proximus. Hij was er al zeven jaren toen ik kwam. Hij was er nog toen ik vertrok – ik ken hem als een hartelijke, innemende en geestige man. Machielse is ook een van de meest gerespecteerde collega's in de Nijmeegse faculteit en in strafrechtelijk Nederland. Zijn gezag onder vakgenoten berust op zijn fenomenale kennis en inzicht. Hoewel hij uitstekend op de hoogte is van de achterliggende discussies over door hem behandelde onderwerpen, kiest hij in zijn publicaties steeds weer voor een sobere, juridisch doctrinaire aanpak: de wet, de rechtspraak en vaak het buitenlandse recht – daar zijn de relevante vragen en oplossingen te vinden. Zeker in mijn beginjaren was Machielse daardoor welhaast een mentor voor me. Ook daarom was hij de beste collega proximus die ik me kan indenken.

Ik zou eigenlijk graag nog enige bladzijden doorgaan met loftuitingen, bijvoorbeeld op zijn fraaie en doorwrochte conclusies voor de Hoge Raad, maar ik vermoed dat hem dat slechts ongemakkelijk zou stemmen. Laat ik daarom overgaan tot het inleiden van mijn eigenlijke onderwerp.

Ik noemde nog niet het onverwoestbare doorzettingsvermogen van Ad. Hij gaf daarvan blijk toen hij twee schouders had gebroken bij een ongelukkige landing na het vliegen met een niet-gemotoriseerde hangglider. Veel te snel was hij al weer aan het werk. Om het doorzettingsvermogen gaat het me nu niet; wel om de aanleiding. Denkt u zich eens in: een 50-plusser springt van een berg af aan een contraptie met vleugels. De vraag kwam bij me op of dat ongeluk van roekeloosheid getuigt. Iedereen weet toch – zo dacht ik – dat mensen die van een berg afspringen zwaar gewond kunnen raken. Op het internet is te lezen dat één op de 116.000 hanggliders aan hun eind komen, maar ook één op de 126.000 deelnemers aan een marathon. In dat perspectief was de zomeractiviteit van Machielse niet gevaarloos, maar evenmin roekeloos. Laten rechters zich het hanggliden van een van de meest betrouwbare strafjuristen van rond de eeuwwisseling herinneren, als ze nadenken over de vraag of iemand wegens roekeloos gedrag jaren naar de gevangenis moet worden gezonden.

Roekeloosheid als wettelijke term

Machielse begint de bespreking van roekeloosheid in Noyon-Langemeijer-Remmelink als volgt: 'De ernstigste vorm van culpa is ongetwijfeld "roekeloosheid". In dat geval heeft de dader zich kennelijk om de gevolgen van zijn handelingen niet bekommerd' zegt de A-G 's Jacob voor HR 9 mei 1967, NJ 1968, 349'. Dat Machielse in die gezaghebbende bron naar een ambtgenoot uit het